

Rapport du Conseil fédéral sur les conventions fixant des règles de droit conclues entre la Confédération et les cantons

(établi en réponse au postulat "Conseil des Etats. 01.3426 Commission des institutions politiques CE (99.436). Traités normatifs conclus entre la Confédération et les cantons" du 27 août 2001)

du 27 mars 2002

Condensé

Dans l'optique d'un partenariat entre la Confédération et les cantons, les conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit connaissent aujourd'hui un regain d'intérêt. Mais à l'heure actuelle, cette forme de coopération n'est souvent ni adéquate, ni attrayante, d'une part parce que la Constitution ne l'intègre pas dans la systématique des actes législatifs qu'elle fixe, et d'autre part en raison des problèmes que pose la participation du Parlement ou du peuple à la conclusion de telles conventions. Une solution possible serait de modifier la Constitution pour que les conventions Confédération-cantons qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit soient une forme d'acte législatif à part entière. Ces conventions seraient ainsi soumises à l'approbation du Parlement et au référendum facultatif. Cette assise démocratique poserait cependant divers problèmes: certains citoyens pourraient, par exemple, être appelés à se prononcer deux fois sur un même projet: une fois en leur qualité d'électeur sur le plan cantonal et une fois en tant qu'électeur sur le plan fédéral. Autre problème, la prise en compte des avis des milieux concernés devrait être garantie par le biais d'une procédure spéciale (consultation). Les Chambres fédérales, enfin, ne pourraient qu'accepter ou rejeter en bloc une convention, sans lui apporter de modification, comme c'est le cas aujourd'hui pour les traités internationaux qui lui sont soumis. Des mesures pourraient certes être prises pour remédier à ces inconvénients, mais elles risqueraient d'alourdir considérablement la procédure.

Les lois fédérales peuvent aussi être élaborées sous le signe d'un partenariat entre la Confédération et les cantons. Par comparaison avec la forme de la loi fédérale, les conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit présentent globalement plus d'inconvénients que d'avantages. Il s'ensuit que la convention Confédération-cantons n'est pas considérée comme un instrument adéquat pour renforcer le fédéralisme coopératif. Il n'est donc pas recommandé de lancer une procédure de modification de la Constitution visant à remédier rapidement aux lacunes que présente cette forme d'acte législatif en terme de participation du Parlement et du peuple.

Rapport

1. Genèse

Le 18 septembre 2001, le Conseil des Etats a transmis le postulat "Conseil des Etats. 01.3426 Commission des institutions politiques CE (99.436). Traités normatifs conclus entre la Confédération et les cantons", qui avait été déposé le 27 août de la même année. La teneur de ce postulat était la suivante:

"Le Conseil fédéral est chargé de soumettre aux Chambres un rapport sur les points suivants:

- opportunité de mettre en place l'outil du traité normatif conclu entre la Confédération et les cantons, afin de renforcer le fédéralisme coopératif, et modalités de mise en œuvre dans la pratique; et
- dans l'affirmative, définition au niveau fédéral des autorités habilitées à conclure de tels traités."

Ce postulat a été élaboré dans le cadre des débats sur l'objet "99.436. Initiative parlementaire (Commission 96.091 CE) Suppression des carences dans les droits populaires". Selon le texte du postulat, le rapport doit être rendu suffisamment tôt pour permettre aux Chambres, le cas échéant, de compléter ultérieurement le projet d'un arrêté fédéral sur la modification des droits populaires, proposé par la CIP.

Le Conseil fédéral a déclaré qu'il était prêt à accepter le postulat.

Le présent rapport se propose d'apporter des réponses aux questions soulevées par le postulat.

2. Réglementation constitutionnelle des conventions passées entre la Confédération et les cantons

La Constitution fédérale ne comprend pas de dispositions portant spécifiquement sur les conventions normatives conclues entre la Confédération et les cantons. L'art. 48, al. 2, Cst. règle cependant la participation de la Confédération à des conventions intercantionales:

Article 48 Cst. Conventions intercantionales

¹ Les cantons peuvent conclure des conventions entre eux et créer des organisations et des institutions communes. Ils peuvent notamment réaliser ensemble des tâches d'intérêt régional.

² La Confédération peut y participer dans les limites de ses compétences.

³

Le projet de constitution envoyé en consultation en 1995 ne comprenait pas encore cette disposition. Dans sa prise de position, la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) proposa alors d'introduire dans le projet une disposition réglant la participation de la Confédération aux traités, organisations et institutions, "*pour autant que ceux-ci servent à mettre en œuvre le droit fédéral ou à exécuter une tâche de la Confédération*". Les cantons pensaient ainsi à une participation de la Confédération à des conventions d'exécution.

Dans son libellé actuel, l'art. 48, al. 2, Cst. ("... dans les limites de ses compétences.") pose des bornes à la participation de la Confédération à de telles conventions: "Comme le droit concordataire ne peut modifier l'organisation des compétences établie par la Constitution

fédérale, une adhésion de la Confédération à des concordats législatifs n'entre en ligne de compte que si l'organisation constitutionnelle des compétences en prévoit la possibilité. Lorsqu'il s'agit d'établir une réglementation uniforme au sein de la Confédération, c'est la voie de la législation fédérale qui s'impose"¹. Cette conception correspond également au point de vue que l'on retrouve dans la doctrine selon laquelle la Confédération et les cantons ne peuvent modifier d'un commun accord l'organisation des compétences établie par la Constitution fédérale.

Selon les art. 163 et 164 Cst., et conformément à la pratique en vigueur aujourd'hui (cf. ci-après l'exemple de la Convention du 4 décembre 2000, au ch. 3), les conventions conclues entre la Confédération et les cantons qui comportent des dispositions importantes fixant des règles de droit doivent reposer sur une base légale qui contienne une délégation de compétence. Le cadre de la convention, autrement dit ses grandes lignes, doit ainsi être fixé dans une loi au sens formel. Il n'est dès lors pas possible dans l'état actuel de la législation de réglementer des domaines importants en utilisant la forme de la convention fixant des règles de droit.

3. Conventions Confédération-cantons: le point de la situation

Ces derniers temps, la forme de la convention est de plus en plus souvent évoquée, voir proposée concrètement, comme instrument de coopération entre la Confédération et les cantons:

- Dans le domaine des hautes écoles, la collaboration entre la Confédération et les cantons a été réglée dans une convention (Convention du 4 décembre 2000 entre la Confédération et les cantons universitaires sur la coopération dans le domaine des hautes écoles universitaires; RS 414.205). Pour l'essentiel, cette convention repose sur une base légale qui figure dans la loi fédérale sur l'aide aux universités et la coopération dans le domaine des hautes écoles (loi sur l'aide aux universités; RS 414.20). Cette loi autorise la Confédération et les cantons universitaires à créer, sur la base d'une convention de coopération, une Conférence universitaire suisse (art. 5). Elle énumère par ailleurs les attributions de cette Conférence (art. 6, al. 1). Se fondant sur cette autorisation, la Convention du 4 décembre 2000 octroie à la Conférence universitaire suisse différentes compétences: cette dernière est ainsi chargée d'édicter des directives sur la durée normale des études et la reconnaissance des acquis et des qualifications *qui lient toutes les parties à la Convention* (art. 6, al. 1, let. a); elle édicte également des directives sur l'évaluation de l'enseignement et de la recherche (art. 6, al. 1, let. e) ainsi que sur la valorisation des connaissances acquises par la recherche (art. 6, al. 1, al. f).

Le projet de nouvel article constitutionnel sur les hautes écoles (art. 63a Cst.), qui a fait l'objet d'une procédure de consultation de septembre à décembre 2001, prévoit également de régler la collaboration entre la Confédération et les cantons sous la forme de conventions (al. 2 et 4 du projet). Les dispositions correspondantes sont libellées comme suit:

¹ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 216 s.

Art. 63a Hautes écoles

¹ ...

² Ils [=la Confédération et les cantons] fixent ensemble les principes régissant:

- a. l'autonomie des hautes écoles;
- b. l'accès aux hautes écoles;
- c. la reconnaissance des filières d'études et des établissements;
- d. la mobilité des étudiants, des enseignants et des chercheurs;
- e. la reconnaissance des diplômes et des acquis;
- f. l'assurance qualité;
- g. le financement des hautes écoles.

³ ...

⁴ La Confédération et les cantons peuvent conclure des conventions pour fixer des principes conformément à l'al. 2, pour préciser les objectifs et les principes, et pour régler l'exécution. Ils peuvent déléguer l'exécution de certaines tâches relevant du domaine des hautes écoles à des organes qu'ils instituent ensemble.

Cette disposition fait des hautes écoles un domaine où la Confédération et les cantons pourront conclure des conventions qui fixent des règles de droit, même si l'alinéa 2 n'indique pas quelle procédure les autorités fédérales et cantonales doivent suivre, et si l'alinéa 4 n'exclut pas absolument d'autres manières de procéder.

On peut se demander si le nouvel article constitutionnel 63a, tel qu'il figure dans le projet actuel, habiliterait directement la Confédération et les cantons à conclure des conventions de coopération fixant des règles de droit. De telles conventions ne seraient pas sujettes au référendum compte tenu du caractère exhaustif de l'énumération figurant à l'art. 141, alinéa 1, Cst. Au vu de leur contenu et eu égard à l'art. 164 Cst., il paraît indispensable de leur donner une légitimité démocratique. C'est pourquoi des procédures appropriées devraient être créées, qui assurent une telle légitimité.

- Dans le message du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), la "convention-programme" est considérée comme un outil adéquat de coopération verticale pour l'application du droit fédéral par les cantons. La convention-programme met en avant l'idée du partenariat, mais elle ne contient que des clauses d'application. Les grandes orientations doivent donc être arrêtées préalablement, dans le cadre de la législation spéciale. D'un point de vue *juridique* aucune forme particulière n'est imposée (contrat de droit public, contrat de subventionnement, décision de subventionnement, déclaration d'intention commune / décision de subventionnement exécutoire).

La RPT a, par ailleurs, pour objectif d'améliorer la collaboration intercantonale et de lui donner une assise démocratique. A cet effet, le message propose de compléter l'art. 48 Cst. par la disposition suivante:

Article 48, alinéa 5 Cst.

Les cantons peuvent, par une convention intercantonale, habiliter un organe intercantonal à édicter des dispositions contenant des règles de droit à condition que cette convention:

- a. soit adoptée selon la procédure applicable aux lois;
- b. fixe les grandes lignes de ces dispositions.

Avec cette disposition, les organes intercantonaux se verraient octroyer des compétences plus larges que sous l'empire du droit en vigueur. La possibilité explicitement prévue de déléguer des compétences législatives est liée au respect de certaines exigences démocratiques minimales (parallélisme avec les procédures législatives cantonales pour la participation du parlement cantonal et du peuple). Les normes minimales fixées par la Constitution en termes de participation démocratique ne valent toutefois que pour les conventions intercantionales qui délèguent des compétences législatives à des organes intercantonaux. Dans tous les autres cas, la Constitution ne prévoit pas de normes minimales.

Jusqu'à présent – pour des raisons qui deviendront évidentes à la lecture des chiffres 5 et 6 du présent rapport – seules deux conventions contenant des règles de droit ont été conclues entre la Confédération et les cantons: la Convention du 23 juin 1909 relative aux transports de police (RS 354.1) et la Convention du 4 décembre 2000, citée plus haut, entre la Confédération et les cantons universitaires sur la coopération dans le domaine des hautes écoles universitaires (RS 414.205). La littérature spécialisée consacrée à cette forme juridique est par conséquent assez rare².

4. Types de compétence ou domaine d'activité se prêtant à la conclusion de conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit

Le recours à la forme de la convention Confédération-cantons est envisageable pour les types de compétence suivants:

- Compétences parallèles (par ex. hautes écoles, perception des impôts directs, sécurité de l'Etat, coopération au développement): la Confédération et les cantons pourraient se mettre d'accord sur l'exercice de ces compétences parallèles par le biais de conventions. Le projet d'article constitutionnel sur les hautes écoles présenté au chiffre 3 se situe dans cette ligne.
- Compétences concurrentes, qui jouissent d'une force dérogatoire subséquente. Dans cette configuration, assez fréquente, la compétence revient aux cantons aussi longtemps que la Confédération ne fait pas usage d'une compétence que la Constitution fédérale lui attribue explicitement. Deux cas de figure sont possibles pour la conclusion de conventions:

² Bock, Christian: Rechtsetzende Vereinbarungen zwischen Bund und Kantonen, in: Solothurnischer Juristenverein (éditeur): Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Solothurn, 1998, p. 105-121, et Schweizer, Rainer J.: Vereinbarungen über Programme und Leistungsangebote als neue Form der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen, in: Festschrift für Yvo Hangartner, St.Gallen/Lachen 1998, p. 465 – 476.

- a) La loi fixe à la Confédération un cadre général pour l'exercice de ses compétences. Les détails de l'exécution des tâches et de la coopération entre la Confédération et les cantons sont précisés dans une convention.
- b) Les compétences respectives de la Confédération et des cantons, et les formes que doit revêtir leur coopération, sont fixées non pas dans une loi fédérale, mais dans une convention Confédération-cantons. Cette deuxième possibilité est cependant plus problématique que la première, parce qu'elle ne permet pas au Parlement d'exercer son influence et d'intervenir dans l'élaboration de la convention, ni au peuple de se prononcer. Il faudrait par conséquent que la Constitution donne une légitimité démocratique à la forme de la convention Confédération-cantons.

La conclusion d'une convention entre la Confédération et les cantons présuppose que tant la Confédération que les cantons disposent de compétences dans le domaine d'activité concerné. Il ne faut pas non plus qu'ils soient obligés d'exercer ces compétences chacun de leur côté, ou, en d'autres termes, il ne faut pas qu'une disposition constitutionnelle ne restreigne ni exclue explicitement ou implicitement la possibilité de conclure une telle convention. L'exécution commune des tâches, si elle n'est pas obligatoire, doit au moins être possible.

Pour toutes les raisons évoquées ci-dessus, la forme de la convention Confédération-cantons n'est pas adéquate pour l'exercice des compétences exclusives de la Confédération. Certes, on ne saurait par principe exclure, bien que la chose soit hautement controversée dans la doctrine, que, dans les domaines relevant de ses compétences exclusives, la Confédération rétrocède en quelque sorte des compétences aux cantons par le biais de conventions Confédération-cantons. Pour le fédéralisme, une telle possibilité présenterait même des aspects intéressants, puisqu'elle permettrait de faire contrepoids aux tendances centralisatrices. En revanche elle aurait de grands inconvénients : le mandat du législateur fédéral d'assurer des prestations identiques sur l'ensemble du territoire national (par ex. en matière d'accès aux services de bases dans le domaine de la poste et des télécommunications) pourrait être éludé. La Confédération pourrait également être tentée, par la voie de conventions, d'exiger des cantons qu'ils participent financièrement à l'exécution de telles tâches. L'organisation des compétences établie par la Constitution et par le législateur serait ainsi battue en brèche a posteriori. Pour toutes ces raisons, il conviendrait dans le cas de compétences exclusives de la Confédération, d'éviter de lege lata et de lege ferenda de recourir aux conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit.

5. Déficit démocratique des conventions Confédération-cantons, et moyens d'y remédier

51 Niveau cantonal et niveau fédéral

L'article 163 de la Constitution fédérale contient une liste exhaustive des formes que peuvent prendre les actes législatifs édictés par l'Assemblée fédérale; l'article 164, alinéa 1, Cst. prescrit que les dispositions importantes fixant des règles de droit sont édictées sous la forme d'une loi fédérale. C'est la raison pour laquelle la Constitution actuelle n'offre pas une assise démocratique particulière à la forme de la convention Confédération-cantons. On part en effet du principe que le cadre d'une telle convention sera donné par une loi fédérale, ce qui offre toutes les garanties démocratiques nécessaires. Si, à contre-courant de la pratique et de la doctrine actuelles, l'instrument de la convention entre la Confédération et les cantons devait à l'avenir gagner en importance, il y aurait effectivement un déficit démocratique, tant du côté des cantons que de celui de la Confédération.

Les accords entre la Confédération et les cantons ne sont, en règle générale, pas explicitement mentionnés dans les constitutions cantonales. On peut néanmoins supposer qu'ils sont régis par les mêmes dispositions que les conventions intercantionales³. Au niveau des cantons, le problème du déficit démocratique se pose ainsi dans les mêmes termes que pour les conventions intercantionales. Ces dernières sont en partie conclues sans que le parlement cantonal intervienne ou que le peuple soit appelé à se prononcer (référendum facultatif ou obligatoire). Le déficit démocratique ainsi généré croît à mesure que se développent les collaborations intercantionales réglées par des conventions. La doctrine, tout comme les cantons eux-mêmes, ont identifié ce problème et plusieurs projets sont en cours d'élaboration pour y remédier⁴. De la même manière que pour les conventions intercantionales, il appartient aux cantons de prévoir des modalités permettant de renforcer, au niveau cantonal, la légitimité démocratique des conventions qu'ils passent avec la Confédération et qui fixent des règles de droit. La Confédération ne pose ici qu'un cadre très général en prévoyant que les cantons doivent être organisés démocratiquement (art. 51, al. 1, Cst.).

Un déficit démocratique serait également constaté au niveau fédéral si l'instrument de la convention Confédération-cantons devait être utilisé plus souvent, *en lieu et place de lois fédérales*. Contrairement à ce qui est le cas par exemple pour des traités internationaux (art. 141, al. 1, let. d, et art. 166 Cst.), les conventions Confédération-cantons contenant des dispositions fixant des règles de droit ne doivent pas obligatoirement recueillir l'approbation des Chambres fédérales, pas plus qu'elles ne sont soumises au référendum facultatif. Si l'on envisage, ainsi que nous l'avons évoqué au ch. 3, de recourir plus fréquemment à cet instrument, il convient de s'interroger sur la possibilité et la manière de pallier son manque de légitimité démocratique, et de se demander si les avantages escomptés sont tels qu'il faille absolument préférer cette nouvelle forme à celle, ordinaire, de la loi fédérale. Les deux paragraphes suivants montrent comment le Parlement et le peuple pourraient être à l'avenir mieux intégrés dans le processus de formation de la volonté démocratique lors de l'établissement de conventions Confédération-cantons.

52 Participation des Chambres fédérales

Pour donner aux conventions une légitimité démocratique, une solution consisterait à soumettre à l'approbation du Parlement celles qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 164 Cst. Le Parlement ne pourrait cependant pas modifier ces conventions (cf. ch. 63/4). Lorsque dans un domaine particulier, une loi fédérale délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit, l'accord du Parlement ne serait, par analogie avec l'art. 164, al. 2, Cst., pas requis pour les conventions qui relèvent de ce domaine.

53 Référendum facultatif au niveau fédéral

Pour donner aux conventions une légitimité démocratique et par analogie avec ce que prévoit l'art. 141, al. 1, Cst. pour les lois fédérales et les traités internationaux, les arrêtés fédéraux relatifs à des conventions contenant des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 164 Cst. devraient être soumis au référendum facultatif.

³ Bock; op. cit., p. 108.

⁴ Abderhalden, Ursula; Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Diss. Freiburg 1999, § 5 et § 6, p. 185 ss.

6. Problèmes découlant d'une participation démocratique à la conclusion de conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit

61 *Comparaison avec la forme de la loi fédérale*

Sous l'angle de la théorie de la démocratie, la participation des Chambres fédérales et du peuple serait clairement indiquée si la convention Confédération-cantons fixant des règles de droit devait être institutionnalisée de *lege ferenda* comme une forme d'acte autonome régissant la coopération entre la Confédération et les cantons. Simultanément, la suppression du déficit démocratique serait cependant liée à des difficultés et des inconvénients divers. Il s'ensuivrait que par rapport à la loi fédérale, la forme de la convention présenterait des avantages, mais aussi des désavantages.

62 *Avantages*

Dans son *principe*, l'outil de la convention Confédération-cantons paraît adéquat pour réaliser pleinement l'idée du partenariat entre la Confédération et les cantons. Les exécutifs, les parlements et les électeurs de la Confédération et des cantons auraient en effet chacun une position équivalente.⁵

De plus, les cantons auraient l'assurance que les conventions négociées par le gouvernement de la Confédération et ceux des cantons ne seraient plus modifiées par la suite. Ils pourraient défendre le contenu de ces conventions avec plus de conviction.

Un autre avantage serait enfin que, dans le cadre de la procédure d'approbation, les cantons devraient procéder à un examen approfondi des conventions. Dans la plupart des cas, cette procédure permettrait certainement en fin de compte d'accroître les chances de voir les contenus juridiques de ces conventions mis en œuvre de manière plus attentive et plus conforme aux objectifs fixés.

63 *Problèmes et solutions possibles*

Les conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit poseraient également divers problèmes, dont certains pourraient être résolus en définissant soigneusement les modalités de cet instrument au niveau de la Constitution et de la loi:

1. *Intervention multiple des électeurs en cas de référendum fédéral*: Dans le cas, peu vraisemblable mais pas impossible, où le référendum serait demandé au niveau fédéral contre une convention Confédération-cantons et que, parallèlement, dans certains cantons, un référendum soit obligatoire – ou organisé sur demande d'un comité référendaire – des citoyens pourraient être appelés à se prononcer deux fois sur le même projet, une fois en qualité d'électeur de la Confédération, et une fois en qualité d'électeur de leur canton de domicile. Il s'agirait, en particulier, d'éviter que les votations n'aient lieu en même temps au niveau fédéral et cantonal. Si la convention ne peut entrer en vigueur qu'à la condition que tous les cantons ou un nombre donné de

⁵ Quant à la réalisation de l'idée de partenariat *dans les faits*, elle dépendrait des circonstances. La forme de la convention Confédération-cantons pourrait aussi être utilisée en premier lieu pour renforcer non pas la coopération, mais l'influence de la Confédération, notamment dans des cas où la délimitation des compétences fédérales est floue ou trop restrictive.

cantons y adhèrent, et que cette condition ne soit pas remplie, la Convention restera lettre morte, même si, au niveau fédéral, elle recueillait la majorité des suffrages. Lors de la mise au point de cet instrument au niveau de la loi, il faudrait donc veiller à ce que les conventions Confédération-cantons nécessitant l'approbation des Chambres fédérales et soumises au référendum facultatif ne soient soumises à l'approbation du Parlement que lorsqu'un nombre suffisant de cantons ont approuvé ladite convention, selon leurs procédures internes.

2. *Transparence de la procédure*: Grâce à ses deux étapes (projet envoyé en consultation, message du Conseil fédéral), la procédure préliminaire en matière de législation est en général plus transparente que des négociations qui se déroulent en principe à huis clos. Les citoyens intéressés ne pourraient pas suivre l'élaboration d'une convention pas à pas, comme ils peuvent le faire pour une loi fédérale. Ce risque d'un manque de transparence pourrait néanmoins être en partie réduit par une information en continu sur l'évolution des négociations et par un compte-rendu du processus dans le cadre du message du Conseil fédéral, ainsi que par le biais des explications élaborées en vue de la votation, dans l'hypothèse où une demande de référendum aboutirait.
3. *Prise en compte insuffisante d'autres intérêts*: Le risque existe que les négociations en vue de l'élaboration d'une convention ne fassent intervenir que les cantons, sans inclure d'autres parties intéressées par l'objet de la convention. Dans le processus législatif, les milieux concernés peuvent intervenir au niveau préliminaire (procédure de consultation), puis – par le truchement de parlementaires – pendant la phase parlementaire (pour faire modifier un projet).

L'organisation d'une procédure de consultation pour une convention Confédération-cantons serait en soit possible. Une telle exigence pourrait être inscrite dans la Constitution. Dans la pratique, certains problèmes se poseraient néanmoins. Pour une loi fédérale, la procédure de consultation est placée sous la seule responsabilité de la Confédération, qui doit ensuite rendre compte du déroulement de cette procédure et de ses résultats. Pour des conventions Confédération-cantons, la procédure de consultation serait soumise à une direction commune. Il serait dès lors difficile d'établir clairement qui a la responsabilité de veiller à ce que les intérêts des tiers soient pris en compte de manière appropriée dans la suite des négociations.

Par ailleurs, il convient de relever que la procédure de consultation a été conçue comme un instrument à utiliser en amont des débats parlementaires. Elle vise à permettre de présenter aux Chambres des projets disposant d'une assise solide tant au niveau du contenu que sur le plan politique. Il s'agit notamment de faire en sorte que ces projets puissent surmonter l'obstacle du référendum. Pour une convention Confédération-cantons, le Parlement n'aurait cependant plus la possibilité de modifier le projet. Il devrait se contenter de l'approuver ou de le rejeter en bloc (cf. ch. suivant).

4. *Les parlements et, en particulier, les Chambres fédérales, pourraient au mieux bloquer un projet, mais pas le modifier*: Les autorités chargées d'approuver une convention (Chambres fédérales, parlements cantonaux), n'auraient le choix que d'accepter ou de refuser en bloc un projet, mais ne pourraient pas l'amender. Les Chambres fédérales perdraient ainsi de leur poids face à l'exécutif fédéral et aux gouvernements cantonaux. Il serait possible de faire intervenir les Chambres fédérales dans la phase de préparation des négociations, comme c'est le cas pour les traités internationaux (cf. art. 47^{bis}a, al. 3, LREC) ou comme les parlements cantonaux peuvent le faire pour des conventions intercantionales. Mais il faudrait évaluer cette solution dans la pratique pour savoir si elle permet véritablement de compenser – en tout ou partie – la perte pour les Chambres fédérales du droit d'amender le projet lorsqu'il leur est soumis. Ce qui est sûr

en revanche, c'est que la procédure deviendrait assez lourde. De plus, le Conseil fédéral devrait conserver une certaine marge de manœuvre pour la négociation avec les cantons, afin que l'on aboutisse à une solution qui satisfasse toutes les parties contractantes⁶. En conséquence, il ne serait pas possible d'associer les Chambres fédérales à l'élaboration d'une convention Confédération-cantons dans la même mesure que pour l'élaboration d'une loi.

5. *Possibilités de révision plus difficiles*: L'avantage présenté au chiffre 62 selon lequel le contenu d'une convention ne serait en principe plus modifié a pour contrepartie que la révision d'une convention serait plus difficile à entreprendre, compte tenu du nombre de partenaires impliqués. La forme de la convention serait ainsi comparativement plus rigide que celle de la loi fédérale.
6. *Complexification des formes juridiques dans l'Etat fédéral*: Dans une hiérarchie qui comprend déjà le droit international, le droit fédéral, le droit cantonal et le droit intercantonal, les conventions Confédération-cantons viendraient ajouter un niveau supplémentaire qui serait celui du droit commun de la Confédération et des cantons. Le droit suisse deviendrait encore plus complexe qu'il ne l'est déjà.

64 Autres questions

Un recours plus fréquent à la forme de la convention Confédération-cantons fixant des règles de droit soulèverait de nombreuses autres questions qui ne peuvent être que mentionnées en passant, mais auxquelles le présent rapport ne saurait apporter de réponse, d'une part en raison du délai imparti pour sa présentation au Parlement et, d'autre part, parce que les conclusions qu'il contient sont plutôt réservées quant à l'opportunité de développer la forme de la convention Confédération-cantons:

- Dans quelle mesure le Tribunal fédéral pourrait-il vérifier que les conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit sont conformes au droit international et qu'elles respectent la Constitution?
- Quelles voies de recours seraient-elles possibles contre ce type de conventions?
- Des conventions multilatérales conclues par la Confédération et plusieurs cantons devraient-elles être soumises à l'approbation des Chambres fédérales si un autre canton élève une réclamation, selon les termes de l'article 172, alinéa 3, Cst.?

7. Conclusions et recommandation

Pour savoir si la convention Confédération-cantons fixant des règles de droit est une nouvelle forme de réglementation appropriée, il faut la comparer avec la loi fédérale, forme prévue actuellement par la Constitution pour les dispositions importantes qui fixent des règles de droit (art. 164). Il faut également examiner pour quels objets la forme de la convention serait la plus adéquate. Sur la base de cette comparaison, il y a lieu ensuite de se demander s'il est utile et nécessaire, aujourd'hui, d'institutionnaliser au niveau de la Constitution la forme de la convention Confédération-cantons fixant des règles de droit, en tant que nouveau type d'acte législatif, en éliminant simultanément les déficits démocratiques de cet instrument.

⁶ Concernant la participation parlementaire à l'élaboration des conventions intercantionales, cf. Abderhalden, op. cit., p. 220 s.

71 *Améliorer les possibilités qu'ont les cantons de participer à l'élaboration des lois fédérales*

Ces dernières années, lors de l'élaboration de la législation fédérale, l'élément de coopération a été renforcé dans les relations entre la Confédération et les cantons. La révision totale de la Constitution fédérale avait déjà été l'occasion de développer la notion de partenariat, même s'il ne s'agissait que d'une mise à jour du droit existant: les articles 45 et 55 Cst. mettent en avant le rôle particulier que les cantons jouent dans le processus de décision au niveau fédéral, notamment pour l'élaboration de la législation. Le droit des cantons d'être consultés a également été consacré dans le droit constitutionnel: ce droit n'était jusqu'alors inscrit que de manière ponctuelle dans la constitution et ne trouvait une définition générale qu'au niveau de l'ordonnance⁷.

L'article 43, alinéa 2^{bis}, de la loi sur les rapports entre les conseils (LREC)⁸, dont l'introduction est le fruit de l'initiative parlementaire Rhinow, demande une meilleure prise en compte des intérêts des cantons et des communes, dans la mesure où ils sont responsables de la mise en œuvre des actes législatifs. Par ailleurs, en vertu de l'article 47^{bis}, alinéa 1^{bis}, LREC, les commissions parlementaires peuvent, pour délibérer des problèmes liés à la mise en œuvre de projets qu'elles sont chargées d'examiner, inviter les cantons ou les milieux intéressés à donner leur avis.

Dans le cadre du traitement de l'initiative parlementaire "99.436 (Commission 96.091 CE), Suppression de carences dans les droits populaires", le Conseil fédéral a, par ailleurs, proposé d'introduire une "initiative des cantons", qui permettrait à huit cantons de lancer une initiative. Il pourrait s'agir d'une initiative tendant à une révision totale ou partielle de la Constitution, ou encore d'une initiative populaire générale, selon les trois formes prévues pour cet instrument. Or l'initiative populaire générale permet, sous forme d'une proposition conçue en termes généraux, de demander l'adoption, la modification ou la suppression de dispositions constitutionnelles ou légales. Si le Parlement accepte la proposition du Conseil fédéral relative à l'introduction de l'initiative des cantons, ces derniers pourront donc aussi exercer une influence sur le contenu des normes légales.

Ces derniers temps, une forme de procédure d'élaboration législative paritaire Confédération-cantons s'est par ailleurs développée – sans qu'il n'y ait une obligation constitutionnelle ou légale. Lors de la révision de la Constitution, une collaboration paritaire Confédération-cantons a déjà été mise en œuvre pour l'élaboration des dispositions relatives à la Confédération et aux cantons. La loi du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (LFPC; RS 138.1) a, elle aussi, été élaborée par un groupe de travail paritaire Confédération-cantons. Autre exemple récent, le message du 14 novembre 2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) a été rédigé dans le cadre d'une organisation de projet paritaire Confédération-cantons, dans laquelle les communes étaient aussi représentées. Des groupes de travail paritaires sont également à l'origine du projet de nouvel article constitutionnel sur les hautes écoles et du

⁷ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 212 s.

⁸ Cette disposition a la teneur suivante: "Le Conseil fédéral se prononce en outre sur la mise en œuvre des lois et des arrêtés fédéraux proposés. Il indique en particulier comment les modalités d'exécution du projet ont été étudiées au cours de la procédure législative préliminaire, qui est responsable de la mise en œuvre, si, et de quelle manière, les organes chargés de l'exécution ont été entendus, quels coûts les cantons et les communes devront assumer pour la mise en œuvre et comment évaluer celle-ci."

projet de loi fédérale sur les langues nationales et la compréhension entre les communautés linguistiques.

L'on constate donc que la forme de la loi fédérale permet également de tenir compte de manière appropriée de l'idée d'un partenariat entre la Confédération et les cantons.

72 *Recommandation*

La comparaison détaillée, au chiffre 6, entre la forme de la loi fédérale et celle de la convention Confédération-cantons fixant des règles de droit, a montré que cette dernière forme manque pour l'instant de légitimité démocratique, mais qu'une telle légitimité ne s'obtiendrait pas sans inconvénients ni incertitudes. En revanche, la forme de la loi fédérale permet aussi des approches placées sous le signe du partenariat. Ainsi, plutôt que de créer de nouvelles formes de collaboration, il serait peut-être plus important de recourir de manière systématique et constructive aux instruments qui existent déjà, dans un esprit de partenariat.

Au vu des considérations qui précèdent, la convention Confédération-cantons fixant des règles de droit ne paraît en principe pas être un outil adéquat pour renforcer le fédéralisme coopératif. Nous ne pouvons donc pas, à l'heure actuelle, recommander d'inscrire cet instrument dans la Constitution fédérale, à titre de nouvelle forme d'acte législatif, même en éliminant simultanément (ce qui n'est qu'en partie possible) les déficits constatés au niveau de la participation des Chambres fédérales et du peuple. Il ne serait, selon nous, pas indiqué de prévoir des modifications constitutionnelles en ce sens dans le cadre de l'initiative parlementaire "Suppression de carences dans les droits populaires". Une telle démarche pourrait d'ailleurs diminuer les chances de succès de ce projet.

Cela ne signifie pas pour autant que le recours aux conventions Confédération-cantons fixant des règles de droit soit exclu de cas en cas. Si, exceptionnellement, on décide de recourir à un tel instrument dans un domaine déterminé, des mesures devront être prises pour éviter qu'il n'en résulte un déficit démocratique.

Une voie plus pragmatique pourrait consister à introduire, dans certains domaines, une participation démocratique à l'élaboration de conventions Confédération-cantons contenant des dispositions fixant des règles de droit, afin d'acquérir une expérience en la matière. Si l'expérience se révèle positive, et si des mesures judicieuses peuvent être prises pour remédier aux possibles inconvénients évoqués plus haut, les réglementations spécifiques relatives à un domaine d'activité donné pourraient être réunies en une seule réglementation générale au niveau de la Constitution, assurant une participation démocratique.